
Datum: 28.12.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 48/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1228.18U48.12.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 2 O 220/11

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 8.2.2012 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 2 O 220/11 – LG Bonn abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 8.883,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 5.7.2011 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelferin der Klägerin werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Klägerin oder die Streithelferin der Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e:

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus der Haftung als Kommanditist auf die Zahlung von Darlehenszinsen in Anspruch.	2
Die C AG als Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden ebenfalls: Klägerin) und die O GmbH & Co. KG legten im Jahr 1993 unter Herausgabe eines Prospekts als Initiatorinnen und Gründungskommanditistinnen einen geschlossenen Immobilienfonds auf, die Erste F (im Folgenden: Streithelferin). In dem Gesellschaftsvertrag heißt es unter § 3 Nr. 7:	3
„Die Kommanditisten übernehmen weder gegenüber Gesellschaftern noch gegenüber Dritten irgendwelche Zahlungsverpflichtungen, Haftungen oder irgendwelche Nachschussverpflichtungen, die über die Verpflichtung zur Leistung der in der Beitrittserklärung gezeichneten Kommanditbeteiligung zuzüglich Agio hinausgehen. Dies gilt auch für den Fall der Liquidation. Der vertragliche Ausschluss einer Nachschusspflicht lässt die gesetzliche Regelung über die Haftung der Kommanditisten gegenüber Gesellschaftsgläubigern gemäß §§ 171 ff. HGB unberührt.“	4
Die Einlage der Klägerin belief sich auf 100.000 DM. Das Kommanditkapital betrug insgesamt 129.000.000 DM. Der Beklagte trat der Streithelferin mit einer Einlage von 50.000 DM bei, die er in vollem Umfang leistete.	5
Mit notariellem Vertrag vom 2.9.1993 kaufte die Streithelferin für 192.000.000 DM das Fondsobjekt T in C2, ein mit Vertrag vom 24.3.1992 bis zum 30.9.2003 an die J des Landes C3 vermietetes Geschäftshaus.	6
Mit Vertrag vom 15./20.9.1993 räumte die Klägerin der Streithelferin einen Zwischenkredit über 200.000.000 DM ein. Zur langfristigen Finanzierung des Kaufpreises gewährte sie mit Vertrag vom 15.11./5.12.1993 ein bis zum 15.11.2003 befristetes Darlehen über 100.000.000 DM zu 5,5 % Zinsen p.a. bei einer Tilgung von 1 % p.a. zuzüglich ersparter Zinsen.	7
Die Bilanz der Streithelferin per 31.12.1994 wies bei einem Verlustvortrag aus dem Vorjahr von 106.130.677,95 DM ein Eigenkapital von 33.431.501,15 DM aus. Bis zum Jahr 2000 verminderte sich der in die Bilanzen eingestellte Verlustvortrag jedes Jahr um Beträge, die zwischen 3,0 Mio. € und 8,0 Mio. € lagen. Der Verlustvortrag betrug in der Bilanz per 31.12.2000 noch 75.922.825,55 €.	8
Anstelle des aus der Streithelferin ausscheidenden Komplementärs T2 – der Komplementär G war bereits zu einem früheren Zeitpunkt ausgeschieden – trat zum 1.7.2002 die F2 mbH als persönlich haftende, aber von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafterin in die Streithelferin ein. Gleichzeitig wurde Rechtsanwältin Q zur geschäftsführenden Kommanditistin bestellt, die ihre Kommanditbeteiligung in Höhe von 10.000 DM am 10.9.2011 für 1 € von der C4mbH & Co. KG erworben hatte. An der F2 mbH ist die T3 mbH, eine Tochtergesellschaft der Klägerin, mit einem Geschäftsanteil von 50 % beteiligt.	9
Zum 30.9.2003 endete das Mietverhältnis zwischen der Streithelferin und der J des Landes C3. Mit Angebot vom 22.3.2004, welches die Klägerin unter dem 13.5.2004 modifizierte und das die Streithelferin am 15.6.2004 annahm, räumte die Klägerin der Streithelferin unter der Voraussetzung einer Sondertilgung von 10.326.316,54 € zum 15.6.2004 rückwirkend ab dem 16.11.2003 bis zum 15.11.2013 ein der Ablösung des Vorkredits dienendes Darlehen über 35.000.000 € zum variablen Zinssatz 3-Monats-EURIBOR zuzüglich 0,5 % p.a. ein. Die Zinsen waren bis zu einer Vermietung der Fondsimmoblie, längstens bis zum 15.11.2005 unter Verzicht auf Zinseszinsen gestundet. Überschüsse der Mieten über die Bewirtschaftungskosten waren vorrangig zur laufenden Darlehenstilgung zu verwenden. Die	10

Tilgung von 1,5 % p.a. war bis längstens zum 15.11.2005 ausgesetzt. Bereits im Juni 2002 sowie am 22.3.2004 hatte die Klägerin hinsichtlich eines Betrags von 2.000.000 € und eines weiteren Betrags von 6.000.000 € eine Rangrücktrittserklärung abgegeben. Die Streithelferin nahm die Sondertilgung zum 15.6.2004 vor.

Mit der den Kommanditisten im Dezember 2008 übermittelten Freistellungsvereinbarung bot die Klägerin den Kommanditisten an, auf weitergehende Ansprüche aus Kommanditistenhaftung zu verzichten, sofern von den in den Jahren 1995 bis 2001 vereinnahmten Ausschüttungen in Höhe von 34,75 % der Einlage bis zum 31.1.2009 11,25 % auf ein Treuhandkonto der Streithelferin eingezahlt, ein Kaufvertrag über das Fondsobjekt zu einem Kaufpreis von mindestens 22.500.000 € geschlossen, der Kaufpreis bis zum 31.12.2009 an die Klägerin ausgezahlt und das Guthaben auf dem Treuhandkonto an die Klägerin ausgekehrt würden. Ein entsprechender Kaufvertrag kam in der Folgezeit nicht zustande. 11

Mit rechtskräftigem Urteil vom 4.2.2009 bestätigte das Oberlandesgericht Frankfurt die Entscheidung der Vorinstanz, durch die die auf Prospektmängel gestützte Schadensersatzklage von 120 Kommanditisten, insbesondere des Beklagten, gegen die Klägerin und die O GmbH & Co. KG abgewiesen worden war. 12

Mit der weiteren den Kommanditisten übermittelten Freistellungsvereinbarung bot die Klägerin den Kommanditisten an, auf weitergehende Ansprüche aus Kommanditistenhaftung zu verzichten, sofern von den erhaltenen Ausschüttungsbeträgen bis zum 31.3.2010 23,25 % bezogen auf die Einlage auf einem Konto der Streithelferin zwecks unverzüglicher Weiterleitung an die Klägerin eingehen würden. Ein Teil der Kommanditisten, auf den über 60 % des Gesellschaftskapitals entfiel, nahm das Angebot an. Der Beklagte nahm es nicht an. 13

Nachdem die Klägerin die Stundung bzw. Aussetzung der Zins- und Tilgungsleistungen zuvor turnusmäßig verlängert hatte, stellte sie mit Schreiben vom 15.10.2010, 16.12.2010, 11.1.2011, 9.3.2011, 13.5.2011, 13.7.2011 und 7.9.2011 Teilbeträge der Zinsen in wechselnder Höhe fällig und verlängerte die Stundung und Tilgungsaussetzung im Übrigen. 14

Mit Schreiben vom 29.10.2010, 19.11.2010 und 25.5.2011 erklärte die Klägerin, die ihr von der Streithelferin erteilten Zahlungsaufträge über 5.046.740,83 €, 3.860.783,69 €, 100.000 € und 250.000 € als Teilkündigung des Darlehens akzeptiert und die Beträge auftragsgemäß zur Rückführung der Hauptschuld verwandt zu haben. Rechtsanwältin Q erklärte für die Streithelferin auf den Schreiben jeweils schriftlich ihr Einverständnis mit deren Inhalt. Den Zahlungsaufträgen lagen Leistungen von Kommanditisten aufgrund der geschlossenen Freistellungsvereinbarungen zugrunde. 15

Unter dem 30.8.2011 zahlte die Klägerin der Streithelferin die von ihr in den Jahren 1995 bis 2001 erhaltenen Ausschüttungen in Höhe von 17.767,39 € zurück. 16

Im Schreiben der Klägerin vom 7.9.2011 sind die Hauptforderung mit 25.113.725,48 € und die Zinsforderung per 31.8.2011 - nach Abzug zuvor erfolgter Zahlungen in Anspruch genommener Kommanditisten von 71.069,57 € - mit 8.231.183,01 € angegeben und „ein Teilbetrag in Höhe von 500.000 € der zuletzt aufgelaufenen Zinsen zur Rückzahlung fällig“ gestellt. Wegen der genauen Berechnung der Darlehens- und der Zinsforderung wird auf das zu den Akten gereichte Forderungskonto (Anlage K 25) verwiesen. 17

Mit Schreiben vom 3.1.2012 teilte die Streithelferin der Klägerin auf Anfrage mit, dass die auf den Konten vorhandenen Geldmittel als Liquiditätsreserve zur Abdeckung 18

unvorhergesehener Entwicklungen im Rahmen der laufenden baulichen Maßnahmen benötigt würden. Mit Schreiben vom 6.2.2012 hielt die Klägerin die Fälligestellung von 500.000 € Zinsen für den Zeitraum vom 2.7.2010 bis 31.8.2011 abzüglich Zahlungseingänge hierauf von 87.606,70 € aufrecht und verlängerte die Stundung und Tilgungsaussetzung im Übrigen.

Der Streithelferin liegt ein verbindliches Kaufangebot der O2 GmbH & Co. KG vom 28.12.2004 über 30.000.000 € für das Fondsobjekt vor, welches im Falle einer Insolvenz unwirksam wird und Ende des Jahres 2013 angenommen werden kann. 19

Mit der Klage hat die Klägerin in erster Instanz zuletzt einen letztstelligen Teilbetrag von 8.883,70 € der auf insgesamt 43.028,78 € errechneten Zinsen für August 2011 geltend gemacht. Sie hat hierzu behauptet, dass der Beklagte in den Jahren 1995 bis 2001 Ausschüttungen in Höhe von 34,75 % seiner Einlage, mithin 17.375 DM (8.883,70 €) erhalten habe. Das Kapitalkonto des Beklagten sei wegen der Anfangsverluste, die bei stets die Jahresüberschüsse übersteigenden Ausschüttungen nicht ausgeglichen worden seien, unter den Betrag seiner Einlage herabgemindert gewesen. 20

Die Klägerin hat beantragt, 21

den Beklagten zu verurteilen, an sie 8.883,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Klagezustellung (5.7.2011) zu zahlen. 22

Der Beklagte hat beantragt, 23

die Klage abzuweisen. 24

Er hat mit Nichtwissen bestritten, von 1995 bis 2001 Ausschüttungen in Höhe von 17.375 DM erhalten zu haben. Unterlagen stünden ihm nicht mehr zur Verfügung. Ferner hat er bestritten, dass sein Kapitalkonto aufgrund von Verlusten unter den Betrag seiner Einlage gemindert gewesen sei. 25

Die Klägerin habe die geltend gemachte Zinsforderung nicht schlüssig dargelegt. Die Höhe der Hauptforderung lasse sich aus dem Darlehensbetrag von 35.000.000 € und den von der Klägerin dargelegten, auf die Hauptforderung angerechneten Zahlungen nicht nachvollziehen, so dass die Zinsberechnung nicht nachprüfbar sei. Die von der Klägerin angegebene Zinsforderung sei ab dem 16.11.2003, nicht aber ab Abschluss des Darlehensvertrags vom 22.3./15.6.2004 berechnet. Im Darlehensvertrag sei keine monatliche, sondern eine quartalsweise Abrechnung und Fälligkeit der Zinsen vereinbart. 26

Die streitgegenständliche Zinsforderung sei erfüllt. Die Zahlungen von 5.046.740,83 €, 3.860.783,69 €, 100.000 €, 250.000 € und 71.069,57 € seien nicht auf die Hauptforderung, sondern nach dem Darlehensvertrag und den Freistellungsvereinbarungen entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 367 BGB auf die Zinsforderung anzurechnen. Im Übrigen müsse sich die Klägerin alle von gerichtlich in Anspruch genommenen Kommanditisten erhaltenen Zahlungen auf den geltend gemachten Zinsrückstand anrechnen lassen. 27

Wegen ihrer besonderen Stellung als Initiatorin und Gründungskommanditistin könne die Klägerin keine Ansprüche aus §§ 171 ff. HGB gegenüber den Kommanditisten geltend machen. Jedenfalls müsse sie aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht erst an die Gesellschaft herantreten. 28

Das gewährte Darlehen sei als eigenkapitalersetzendes Darlehen zu werten. Außerdem sei die Kommanditistenhaftung unter dem Gesichtspunkt des Gutglaubensschutzes nach § 172 29

Abs. 5 HGB ausgeschlossen.

Die Klägerin verstoße gegen das Schikaneverbot. Alleiniger Zweck der Geltendmachung der Zinsforderung sei die Ausübung von Druck, da er, der Beklagte, das vorgeschlagene Sanierungskonzept nicht unterstützt habe. Die Klägerin versuche angesichts eines drohenden Insolvenzverfahrens Zahlungen zu generieren und ihr Risiko zu verringern. 30

Auch falle der Klägerin eine unzulässige Rechtsausübung zur Last. Sie verhalte sich zum einen widersprüchlich, indem sie Ausschüttungen, die sie genehmigt habe, zurückfordere. Zum anderen diene die gewählte Form der Stundung und Teilfälligestellung dem Hinausschieben der Insolvenz der Streithelferin, um sich Zahlungen der Kommanditisten zu sichern, ohne dass diese ihre Freistellungs- und Rückgriffsansprüche gegenüber der Streithelferin realisieren könnten. Hierin liege ein kollusives Zusammenwirken und ein Verleiten zum Vertragsbruch oder das Ausnutzen eines fremden Vertragsbruchs. 31

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Ein Gesellschafter sei bei der Durchsetzung eines gegen die Gesellschaft gerichteten Dritt(gläubiger)anspruchs aufgrund seiner Rücksichtnahme- und Treuepflicht in der Regel gehalten, Befriedigung vorrangig bei der Gesellschaft zu suchen, weshalb er Mitgesellschafter nur subsidiär in Anspruch nehmen könne. Ein Ausnahmefall liege nicht vor. Dass der Streithelferin keine ausreichenden liquiden Mittel zur Erfüllung der Verbindlichkeit zur Verfügung stünden oder die Streithelferin die Erfüllung verweigert habe, sei nicht anzunehmen. Die Klägerin habe es ferner unterlassen, sich ihre eigene Haftungsquote anrechnen zu lassen und den Betrag von der Klageforderung in Abzug zu bringen, den sie dem Beklagten im Fall seiner Inanspruchnahme durch einen Gläubiger der Gesellschaft hätte erstatten müssen. 32

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung. Im Fall einer Drittgläubigerforderung eines Gesellschafters sei, anders als bei innergesellschaftlichen Regressansprüchen, von einer primären Mitgesellschafterhaftung auszugehen. 33

Das Landgericht habe die ihm obliegende Hinweispflicht verletzt. Hätte es erörtert, dass die Inanspruchnahme der Mitgesellschafter nur bei Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsverweigerung der Gesellschaft möglich sei, hätte die Klägerin ergänzend vortragen können. Die Leistungen auf die Zinsforderung der Klägerin habe die Streithelferin mit dem Hinweis darauf abgelehnt, dass die zur Verfügung stehenden Barmittel als Sicherheit und Reserve einbehalten werden müssten, um die Durchführung kostenintensiver Baumaßnahmen an der Fonds-Immobilie zu ermöglichen. Dies habe die Streithelferin mit Schreiben vom 3.1.2012 bestätigt. Mit Schreiben vom 6.2.2012 habe die Klägerin die Streithelferin nochmals zum Ausgleich der fälligen Zinsforderung aufgefordert. 34

Ob die Klägerin aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gehalten gewesen sei, zunächst bei der Streithelferin Befriedigung zu suchen, könne jedenfalls nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung festgestellt werden. Ein schützenswertes Interesse sei in der Person des Beklagten nicht gegeben. Ihm drohten bei unmittelbarer Inanspruchnahme keine wesentlichen Nachteile. Im Fall einer Insolvenz der Streithelferin sei er ebenfalls zur Rückzahlung der Ausschüttungen verpflichtet. Der angestrebte freihändige Verkauf der Fondsimmoblie außerhalb eines Insolvenzverfahrens verspreche, insbesondere aufgrund des Angebots der Norddeutschen Vermögen GmbH & Co. KG, einen größeren Erlös als ihre Verwertung in einem Insolvenzverfahren. Zudem verhielte sich die Klägerin gerade dann treuwidrig, nämlich gegenüber den Gesellschaftern, die ihre Ausschüttungen zurückgezahlt hätten, wenn sie die Zinszahlungen nicht von den Kommanditisten, sondern nur von der Streithelferin fordern würde. 35

Ihre eigenen Haftungsanteil, der bei einer Beteiligung von 0,0775 % ohnehin allenfalls 6,88 € betrage, müsse sich die Klägerin nicht anrechnen lassen. Der Beklagte könne keine teilweise Wiederausgleichung von ihr verlangen, weil sie die erhaltenen Ausschüttungsbeträge in Höhe von 17.767,39 € per 30.8.2011 an die Streithelferin zurückgezahlt habe.	36
Die Klägerin legt darüber hinaus dar, dass sonstige in Anspruch genommene Kommanditisten bis zum 13.11.2012 338.138,29 € an sie gezahlt hätten, so dass sich der fällig gestellte Zinsbetrag von 500.000 € für den Zeitraum vom 2.7.2010 bis zum 31.8.2011 auf 161.861,71 € ermäßigt habe. Sie stellt die Klage dahin um, dass ein Teilbetrag in Höhe der Klagesumme aus dem Zinsanspruch über 500.000 € geltend gemacht wird. Die Einschränkung des Zinsanspruchs auf einen konkreten Monat macht sie nur noch hilfsweise geltend.	37
Die Klägerin und die Streithelferin der Klägerin beantragen,	38
das angefochtene Urteil abzuändern und	39
den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 8.883,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Klagezustellung (5.7.2011) zu zahlen.	40
Der Beklagte beantragt,	41
die Berufung zurückzuweisen.	42
Er verteidigt das angefochtene Urteil. Der Bundesgerichtshof habe die Frage, ob bei Drittgläubigerforderungen eines Gesellschafters die Haftung der Mitgesellschafter subsidiär sei oder aber nicht, bisher nicht entschieden. Die Interessenlage sei die gleiche wie bei innergesellschaftlichen Ausgleichsansprüchen, für die die Subsidiarität anerkannt sei.	43
Die Voraussetzungen für einen Wegfall der Subsidiarität lägen nicht vor. Eine Inanspruchnahme des Mitgesellschafters sei nur dann möglich, wenn der Anspruch zuvor gegen die Gesellschaft ernsthaft und nachdrücklich eingefordert worden sei. Es existiere jedenfalls keine ernsthaft gemeinte Zahlungsaufforderung der Klägerin. Denn zum einen habe ein Gläubiger, der – wie die Klägerin – Gesellschafter sei, ein Interesse daran, zwecks Vermeidung einer Insolvenz gerade nicht die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen. Außerdem bestehe zwischen der Klägerin und der Streithelferin Einigkeit darüber, dass der Zinsbetrag nicht von der Streithelferin bezahlt werde, damit die Klägerin die nicht an der Freistellungsvereinbarung teilnehmenden Kommanditisten in Anspruch nehmen könne. Die in Absprache mit der Klägerin getroffene, im Schreiben vom 3.1.2012 enthaltene Erklärung der Streithelferin, keine Zahlungen leisten zu wollen, sei nicht ausreichend.	44
Der Beklagte wiederholt und vertieft ferner sein Vorbringen dazu, dass die Zinsforderung unschlüssig dargelegt und erfüllt sei sowie dass die Geltendmachung des streitgegenständlichen Anspruchs treuwidrig sei und eine unzulässige Rechtsausübung darstelle. Ferner beruft er sich auf § 3 Nr. 7 des Gesellschaftsvertrags.	45
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Dies gilt insbesondere für den gesamten Inhalt der vorstehend angesprochenen Prospekte, Verträge, Bilanzen, Schreiben und Urteile.	46
B.	47
Die Berufung der Klägerin ist begründet.	48

I. Die Klage ist zulässig.	49
1. Sie enthält einen bestimmten Antrag aufgrund eines bestimmten Klagegrundes. Nach Auffassung des Senats bestimmt sich der Streitgegenstand im Fall einer auf § 171 f. HGB gestützten Klage nach den Umständen, die die Haftung des Kommanditisten begründen, das heißt der Nicht- oder Rückzahlung der Einlage, während die Frage, ob der jeweilige Kläger Gläubiger der Kommanditgesellschaft ist und eine (fällige) Forderung gegen sie hat, lediglich Vorfrage ist. Diese prozessuale Betrachtungsweise trägt der materiellen Rechtslage Rechnung, nach der es für die Haftung des Kommanditisten ohne Bedeutung ist, wenn die Forderung des Gläubigers gegen die Kommanditgesellschaft, auf die die Inanspruchnahme des Kommanditisten ursprünglich gestützt worden ist, erlischt, während andere fällige Forderungen fortbestehen oder zwischenzeitlich entstanden sind.	50
Hiervon ausgehend stellte die Umstellung der Klage in erster Instanz keine Klageänderung dar. Statt auf den anfänglich angesprochenen Zinszeitraum im Jahr 2004 hat sich die Klägerin vor dem Landgericht zuletzt auf die Zinsen für August 2011 gestützt. Das Gleiche gilt für die im Berufungsverfahren erklärte Umstellung der Klage auf einen Teilbetrag in Höhe der Klagesumme aus dem Zinsanspruch über ursprünglich 500.000 € für die Zeit vom 2.7.2010 bis 31.8.2011.	51
Nach dem vorstehend genannten Ausgangspunkt des Senats lassen sich ein berechtigtes Interesse der Klägerin an der Klage und das Rechtsschutzbedürfnis nicht verneinen, obwohl die Summe, wegen der bundesweit Kommanditisten gerichtlich in Anspruch genommen werden, den noch offenen Zinsbetrag von 161.861,71 € aus der Zinsforderung über ursprünglich 500.000 € deutlich übersteigt. Da das Bestehen einer Forderung gegen die Streithelferin Vorfrage ist, könnte sich die Klägerin nach einem etwaigen künftigen Verbrauch der Zinsforderung über ursprünglich 500.000 € auf sonstige Zins- oder Darlehensforderungen gegen die Streithelferin stützen. Diese übersteigen unstreitig den Gesamtbetrag, wegen dessen von der Klägerin Kommanditisten verklagt worden sind.	52
2. An der Zulässigkeit der Klage würde sich allerdings auch dann nichts ändern, wenn der Streitgegenstand einer gemäß §§ 171 ff. HGB erhobenen Klage die eine konkrete Forderung des jeweiligen Klägers gegen die Kommanditgesellschaft begründenden Umstände mit umfassen würde.	53
a) Auch bei dieser Betrachtungsweise enthielte die im Berufungsverfahren umgestellte Klage einen bestimmten Klageantrag aufgrund eines bestimmten Klagegrundes. Die Klägerin macht die Kommanditistenhaftung des Beklagten in Höhe von 8.883,70 € nunmehr für ihre Zinsforderung gegen die Streithelferin für den Zeitraum vom 2.7.2010 bis 31.8.2011 in Höhe von ursprünglich 500.000 €, vermindert durch Zahlungen sonstiger in Anspruch genommener Kommanditisten auf jetzt 161.861,71 €, geltend.	54
Die Notwendigkeit zur Aufgliederung oder Staffelung von Ansprüchen besteht nur, wenn der Klage mehrere selbständige prozessuale Ansprüche zugrunde liegen. Soweit die Summe der Hauptforderung bei einem prozessualen Anspruch über den Klageantrag hinausgeht, muss der Kläger klarstellen, dass es sich um eine Teilklage handelt.	55
Selbst wenn der Streitgegenstand einer gemäß §§ 171 ff. HGB erhobenen Klage die eine konkrete Forderung des jeweiligen Klägers gegen die Kommanditgesellschaft begründenden Umständen mit umfassen würde, würde im Streitfall die Kommanditistenhaftung des Beklagten nur für einen prozessualen Anspruch geltend gemacht. Die Zinsforderung über ursprünglich 500.000 € leitet sich aus ein und demselben Lebenssachverhalt her. Sie beruht	56

ausschließlich auf dem Darlehensvertrag vom 22.3./15.6.2004. Ferner hat die Klägerin, die die von der Streithelferin geschuldeten Zinsen grundsätzlich gestundet hat, den Zinsanspruch im gleichen Zeitpunkt, nämlich mit Schreiben vom 7.9.2011, fällig gestellt und geltend gemacht. Die Frage, ob die Zinsforderung wegen der im Darlehensvertrag vom 22.3./15.6.2004 festgelegten quartalsweisen Abrechnung der Zinsen tatsächlich in vollem Umfang fällig war und ist, ist demgegenüber eine Frage der Begründetheit der Klage. Der Einordnung der Zinsforderung für die Zeit vom 2.7.2010 bis zum 31.8.2011 als ein prozessualer Anspruch lässt sich nicht entgegen halten, dass unterschiedliche Teile der Zinsforderung insbesondere im Hinblick auf den Eintritt der Verjährung ein unterschiedliches rechtliches Schicksal haben könnten. Dies gilt schon deshalb, weil die Klägerin die von der Streithelferin geschuldeten Zinsen grundsätzlich gestundet hatte, so dass die Verjährung des Teils der Zinsforderung, der im Jahr 2010 entstanden ist und dessen Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 BGB an sich mit dem Schluss des Jahres 2010 begonnen hätte, nach § 205 BGB gehemmt war. Im Übrigen ist die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren in keinem Fall abgelaufen. Die Zinsen, die im Zeitraum vom 2.7.2010 bis zum 31.8.2011 je Tag, Monat, Quartal oder Jahr entstanden sind, sind mithin allenfalls Rechnungsposten eines einheitlichen prozessualen Anspruchs, so dass die in erster Instanz vorgenommene Beschränkung der Klage auf die Zinsen für den Monat August 2011 keinesfalls erforderlich ist.

Dass die Klage sich nur auf einen Teil der mit Schreiben vom 7.9.2011 fällig gestellten Zinsforderung der Klägerin gegen die Streithelferin bezieht, hat die Klägerin – wie erforderlich – klargestellt. 57

b) Die Entscheidung des Landgerichts, dass die Umstellung der geltend gemachten Zinsforderung von einem Zeitraum im Jahr 2004 auf einen letztstelligen Teilbetrag von 8.883,70 € der Zinsen für August 2011 nicht als Klageänderung oder als zulässige Klageänderung anzusehen sei, ist gemäß § 268 ZPO der Anfechtung entzogen. 58

Soweit die Klägerin sich im Berufungsverfahren statt auf die Zinsforderung für August 2011 nunmehr auf die Zinsforderung von ursprünglich 500.000 € für den Zeitraum vom 2.7.2010 bis 31.8.2011 stützt, liegt auch nach den Ausführungen unter B I 2 a keine Klageänderung vor. Ohnehin wäre eine etwaige Klageänderung sachdienlich, §§ 263, 533 ZPO. 59

c) Dass die Summe, wegen der von der Klägerin bundesweit Kommanditisten gerichtlich in Anspruch genommen werden, den noch offenen Betrag von 161.861,714 € aus der Zinsforderung über ursprünglich 500.000 € deutlich übersteigt, kann bei dem unter B I 2 hilfsweise zugrunde gelegten Streitgegenstandsverständnis ebenfalls noch nicht zur Verneinung eines berechtigten Interesses an der Klage und des Rechtsschutzbedürfnisses führen. Zwar führt die Klägerin möglicherweise eine Vielzahl von Prozessen, die für eine Beitreibung des noch offenen Betrags von 161.861,71 € nicht erforderlich sind. Nach dem Sach- und Streitstand im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat lässt sich aber nicht feststellen, dass der vorliegende Rechtsstreit hierunter fällt. In den neun beim Senat anhängigen und gleichzeitig verhandelten Verfahren verlangt die Klägerin von den Beklagten insgesamt weniger als 161.861,74 €. 60

II. Die Klage ist begründet. 61

Die Klägerin kann von dem Beklagten aus §§ 171 Abs. 1, 174 Abs. 4 HGB, 4, 488 Abs. 1 BGB die Zahlung von 8.883,70 € verlangen. 62

1. Die Klägerin hat gegenüber der Streithelferin eine fällige, nicht erfüllte Zinsforderung in Höhe des eingeklagten Betrags. 63

a) Der Klägerin stand gegen die Streithelferin eine Zinsforderung in Höhe von 500.000 € für die Zeit vom 2.7.2010 bis 31.8.2011 zu, insbesondere in Höhe von 43.028,72 € für August 2011.	64
aa) Die Darlehensforderung per 1.8.2011 von 25.113.725,48 € lässt sich nachvollziehen, wenn man nicht nur die von der Klägerin auf die Hauptforderung verbuchten Zahlungen von 5.046.740,83 € per 30.9.2010, von 3.860.783,69 € per 30.9.2010, von 100.000 € per 19.11.2010, von 250.000 € per 20.5.2010 und 60.000 € per 20.5.2010, sondern auch die von der Klägerin auf die Hauptforderung verbuchten Zahlungen von 175.000 € per 30.6.2006, von 131.250 € per 30.9.2006, von 131.250 € per 30.12.2006 und von 131.250 € per 30.3.2007 berücksichtigt.	65
Aus der Darlehenshauptforderung von 25.113.725,48 € errechnet sich bei einem vereinbarten Zinssatz 3-Monats-EURIBOR zuzüglich 0,5 % p.a. entsprechend 2,056 % unter Zugrundelegung von 30 Zinstagen für August 2011 ein Betrag von 43.028,72 €.	66
Dass die auf dem Darlehensvertrag vom 22.3.2004/15.6.2004 beruhende Zinsberechnung der Klägerin mit dem 16.11.2003 und nicht mit dem Zustandekommen des Darlehensvertrags einsetzt, findet seine Rechtfertigung darin, dass die Darlehensvereinbarung rückwirkend zum 16.11.2003 in Kraft getreten ist. Für die Zinsen, die ausgehend von der Darlehenshauptforderung und dem vereinbarten Zinssatz von der Streithelferin für August 2011 geschuldet werden, ist die Zinsberechnung für den Zeitraum vom 16.11.2003 bis zum 14.6.2004 ohnehin ohne Einfluss.	67
bb) Die in das Forderungskonto eingestellten Zinsbeträge in Höhe von insgesamt 500.000 €, nämlich	68
- 02.07.2010 2.176,82 € (hiervon sind 758,38 € Teil der 500.000 €)	69
- 30.08.2010 72.793,40 €	70
- 30.09.2010 38.247,38 €	71
- 04.10.2010 3.658,40 €	72
- 15.10.2010 11.331,83 €	73
- 19.11.2010 36.055,81 €	74
- 31.12.2010 43.097,45 €	75
- 03.01.2011 3.078,39 €	76
- 28.02.2011 59.361,57 €	77
- 04.04.2011 37.100,98 €	78
- 30.04.2011 32.224,57 €	79
- 20.05.2011 24.788,13 €	80
- 30.06.2011 50.196,06 €	81
- 01.07.2011 1.224,29 €	82

-	11.08.2011	58.805,18 €	83
-	30.08.2011	27.151,18 €	84
errechnen sich in gleicher Weise aus der jeweiligen Darlehenshauptforderung, dem jeweils maßgeblichen Zinssatz (3-Monats-EURIBOR zzgl 0,5 % p.a.) und der Zahl der Zinstage. Der von der Klägerin im Forderungskonto angesetzte 3-Monats-EURIBOR ist allgemeinkundig.			85
b) Die Zinsforderung über 500.000 € für den Zeitraum vom 2.7.2010 bis 31.8.2011 ist fällig geworden.			86
Im Darlehensvertrag vom 22.3./15.6.2004 haben die Klägerin und die Streithelferin vereinbart, dass die Zinsen des Darlehens bis zu einer Vermietung der Fondsimmobilie, längstens bis zum 15.11.2005 unter Verzicht auf Zinseszinsen gestundet waren (S. 2 Absatz 1 des Schreibens der Klägerin vom 22.3.2004).			87
Angesichts dieser ausdrücklichen Regelung einer Stundung und ihrer Dauer lässt sich die nachstehende Bestimmung (S. 2 Absatz 2 des Schreibens der Klägerin vom 22.3.2004), nach der die Streithelferin zusichert, die Miete zur Bedienung ihrer Kosten in der Reihenfolge „1. Bewirtschaftungs- und Objektkosten der Immobilie, 2. Laufende Darlehenstilgung, 3. Lfd. Darlehenszinsen exklusive Zinsmarge, (...)“ zu verwenden, entgegen der von dem Beklagten vertretenen Auffassung nicht als Zinsstundung bis zu dem Zeitpunkt verstehen, in dem Überschüsse der Mieten über die Bewirtschaftungs- und Objektkosten und über die laufende Darlehenstilgung erzielt werden. Vielmehr verpflichtet und berechtigt die Bestimmung die Streithelferin, Überschüsse der Mieten über die Bewirtschaftungs- und Objektkosten in einer von § 367 BGB abweichenden, ihr günstigeren Reihenfolge zur Tilgung ihrer Verbindlichkeiten einzusetzen.			88
Mit Schreiben vom 7.9.2011 hat die Klägerin einen Teilbetrag in Höhe von 500.000 € der zuletzt aufgelaufenen Zinsen zur Rückzahlung fällig gestellt, das heißt der Streithelferin in diesem Umfang keine Stundung angeboten. Der Betrag von 500.000 € umfasst die Zinsen vom 2.7.2010 bis 30.8.2011.			89
Die Frage, ob die Zinsen entsprechend dem Wortlaut des Darlehensvertrags vom 22.3./15.6.2004 quartalsweise abzurechnen waren und fällig wurden oder ob sie – wie die Klägerin vorträgt – nach der ständigen Übung der Vertragspartner auch zu anderen Zeitpunkten abgerechnet werden konnten, ist für die Frage der Fälligkeit ohne Bedeutung. Der je Tag entstandene Zinsanspruch wäre auch bei geschuldeter quartalsweiser Abrechnung mit Ablauf des dritten Quartals 2011 fällig geworden.			90
c) Die Zinsforderung über ursprünglich 500.000 € ist in Höhe von 338.138,29 € erfüllt und besteht somit in Höhe 161.861,71 € fort. Eine weitergehende Erfüllung ist nicht eingetreten.			91
aa) Allerdings hat die Klägerin die Zahlungen der Kommanditisten aufgrund der zweiten Freistellungsvereinbarung aus 2009/2010 von 5.046.740,83 € per 30.9.2010, von 3.860.783,69 € per 30.9.2010, von 100.000 € per 19.11.2010 und von 250.000 € per 20.5.2011 zutreffend auf die Darlehenshauptforderung und nicht auf Zinsen verbucht.			92
(1) Zwar hätte die Streithelferin, da der Darlehensvertrag vom 22.3./15.6.2004 nicht gekündigt und die Darlehenshauptforderung somit nicht fällig war, nicht einseitig die Tilgungsbestimmung treffen können, dass die Zahlungen auf die Hauptforderung anzurechnen seien. Der Darlehensvertrag hinderte die Klägerin und die Streithelferin aber			93

nicht, übereinstimmend eine Anrechnung der Zahlungen auf die Darlehenshauptforderung zu vereinbaren. Eine entsprechende – zudem schriftliche – Vereinbarung lag jedenfalls in den Schreiben der Klägerin vom 29.10.2010, 19.11.2010 und 25.5.2011, in denen sie erklärte, die ihr von der Streithelferin erteilten Zahlungsaufträge über 5.046.740,83 €, 3.860.783,69 €, 100.000 € und 250.000 € als Teilkündigung des Darlehens akzeptiert und die Beträge auftragsgemäß zur Rückführung der Hauptschuld verwandt zu haben. Mit dem Inhalt der Schreiben hat sich Rechtsanwältin Q für die Streithelferin auf den Schreiben jeweils schriftlich einverstanden erklärt.

(2) Nach den von den Kommanditisten getroffenen Freistellungsvereinbarungen durfte sich Rechtsanwältin Q als geschäftsführende Kommanditistin der Streithelferin mit einer Anrechnung der Zahlungen auf die Darlehenshauptforderung einverstanden erklären. Dies ergibt sich aus einer Auslegung der Freistellungsvereinbarung. Diese enthalten keine ausdrückliche Regelung, wie die Zahlungen der Kommanditisten zu verrechnen sind. Ob eine konkludente Regelung – wie Rechtsanwältin Q im Schreiben vom 3.1.2012 ausgeführt hat – darin lag, dass die von den Kommanditisten zurückgezahlten Ausschüttungsbeträge auf das Darlehenskonto 1600169701, auf dem allein das Darlehenskapital gebucht sein soll, weiterzuleiten waren, kann dahinstehen. Die Anrechnung der Zahlungen auf die Darlehenshauptforderung entsprach jedenfalls aus der Sicht aller Beteiligten dem Interesse der Kommanditisten, die Freistellungsvereinbarungen geschlossen haben. Hierin liegt der für die Auslegung entscheidende Gesichtspunkt. Die Anrechnung auf die Darlehenshauptforderung reduzierte, anders als die nach der dispositiven Regelung des § 367 Abs. 1 BGB vorrangige Verrechnung mit Zinsen, die Berechnungsgrundlage für die künftig entstehenden Zinsen, führte so zu insgesamt geringeren Verbindlichkeiten der Streithelferin und vergrößerte so die Aussichten der sich an den Freistellungsvereinbarungen beteiligenden Kommanditisten, an einem Erlös aus der Verwertung des Fondsobjekts zu partizipieren.

94

bb) Zahlungen von von der Klägerin in Anspruch genommenen Kommanditisten, die sich nicht an der Freistellungsvereinbarung beteiligt haben, haben zur Verringerung der Zinsforderung über ursprünglich 500.000 € auf 161.861,71 € geführt.

95

Die Klägerin hat vor dem Senatstermin vom 29.11.2012 mit Schriftsatz vom 27.11.2012 dargelegt, dass sonstige in Anspruch genommene Kommanditisten bis zum 13.11.2012 (Tag des letzten Zahlungseingangs) 338.138,29 € an sie gezahlt hätten. Hierzu hat sie eine Aufstellung vom 21.11.2012 vorgelegt, aus der im Einzelnen hervorgeht, welche Kommanditisten wann welchen Betrag an sie geleistet haben. Nach der Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 29.11.2012 sind bis zu diesem Zeitpunkt keine weiteren Zahlungen erfolgt.

96

Weitergehende Zahlungen der von der Klägerin in Anspruch genommenen Kommanditisten hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht konkret dargetan.

97

Unter dem Gesichtspunkt der sekundären Darlegungslast, der grundsätzlich zum Tragen kommt, weil die Zahlungsvorgänge in den Wissensbereich der Klägerin fallen, kann jedenfalls nicht mehr verlangt werden, als dass die Klägerin den Gesamtbetrag, der von den von ihr in Anspruch genommenen Kommanditisten geleistet worden ist, und die einzelnen Zahlungsvorgänge darlegt. Dies erlaubt eine Überprüfung der Schlüssigkeit der Klage. Den vorstehenden Anforderungen hat die Klägerin entsprochen.

98

2. Unter dem Gesichtspunkt eines eigenkapitalersetzenden Darlehens ergibt sich für die Klägerin keine Durchsetzungssperre.

99

Nach den vom Bundesgerichtshof zu §§ 30, 31 GmbHG entwickelten sog. 100
Rechtsprechungsregeln, die für die GmbH & Co. KG entsprechend galten, bestand für
Darlehen, die von einem Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft gewährt oder stehen
gelassen wurden, insoweit, als das Gesellschaftskapital nicht durch Vermögen gedeckt war,
bereits vor Insolvenzeröffnung eine Durchsetzungssperre. Wurde die Auszahlungssperre
nicht beachtet, bestand ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft.

Dass diese Voraussetzungen bei Abschluss des Darlehensvertrags vom 22.3./15.6.2004 oder 101
zu einem späteren Zeitpunkt gegeben waren, kann unterstellt werden.

Die sog. Rechtsprechungsregeln sind im Streitfall nach dem durch das MoMiG zum 102
1.11.2008 in das GmbHG eingefügten „Nichtanwendungsgesetz“ des § 30 Abs. 1 Satz 3
GmbHG nicht mehr heranzuziehen. Stellt man für Übergangsfälle, in denen vor dem
1.11.2008 kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, auf die allgemeinen Grundsätze des
intratemporalen Schuldrechts ab, nach denen ein Schuldverhältnis dem Recht unterliegt, das
zur Zeit seiner Entstehung gilt, kann sich die Gesellschaft, sofern das kapitalersetzende
Darlehen – wie hier – vor dem 1.11.2008 noch nicht zurückgezahlt worden ist, nicht mehr auf
ihre frühere Einwendung aus §§ 30, 31 GmbHG analog berufen. Kann im Falle einer
Rückzahlung des Darlehens durch die Gesellschaft ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft
nicht mehr entstehen, kommt auch eine Durchsetzungs- und Auszahlungssperre nicht mehr
in Betracht. Zieht man dagegen in Fällen, in denen vor dem 1.11.2008 kein
Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, die ausdrücklich nur für die sog. Novellenregeln (§§
31a, 31b GmbHG) geltende Übergangsvorschrift des Art. 103d Satz 2 EGIInsO entsprechend
heran, findet, da der Ausnahmetatbestand einer für die Klägerin gegenüber der neuen
Rechtslage günstigeren alten Rechtslage nicht vorliegt, dass die Einwendung aus §§ 30, 31
GmbHG analog nicht mehr enthaltende neue Recht Anwendung (vgl. BGH, Beschluss vom
15.11.2011 – II ZR 6/11, NJW 2012, 682 f.; Scholz/Verse, GmbHG 11. Aufl. Rdn. 112 ff.
m.w.Nachw.).

Darauf, dass die Anwendung der Kapitalersatzregeln einschließlich der sog. 103
Rechtsprechungsregeln wegen des Kleinbeteiligtenprivilegs gemäß § 32a Abs. 3 Satz 2
GmbHG a.F., § 39 Abs. 5 InsO ausgeschlossen war und ist, kommt es daher nicht mehr an.
Die Klägerin, die nicht geschäftsführende Gesellschafterin der Streithelferin war, ist an deren
Kommanditkapital mit weniger als 10 % beteiligt, nämlich mit lediglich 100.000/129.000.000.
Dass die Klägerin über ihre Tochtergesellschaft T3 mbH einen Anteil von 50 % der
Komplementär-GmbH der Streithelferin hält, führt zu keinem anderen Ergebnis, da die
Komplementär-GmbH ihrerseits nicht am Kapital der Streithelferin beteiligt ist und nicht deren
Geschäfte führt. Aus dem offensichtlichen Einfluss der Klägerin auf die Streithelferin folgt
nichts anderes. Er ist nicht gesellschaftsrechtlich vermittelt, da die Klägerin
Minderheitsgesellschafterin ist und nicht, auch nicht mittelbar über ihre Tochtergesellschaft
und die Komplementärin, geschäftsführend tätig wird. Er beruht vielmehr auf der Stellung der
Klägerin als kreditgebender Bank, die die nicht vertragsgemäß bedienten Darlehen nahezu
jederzeit fällig stellen und hierdurch die Insolvenz der Streithelferin herbeiführen kann.

3. Der Beklagte haftet der Klägerin in Höhe von 8.883,70 € gemäß §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 104
HGB für die streitgegenständliche Zinsforderung.

Nach § 171 Abs. 1 HGB haftet der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur 105
Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet
ist. Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, gilt sie den Gläubigern
gegenüber als nicht geleistet (§ 172 Abs. 4 Satz 1 HGB). Das gleiche gilt, soweit ein
Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den

Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird (§ 172 Abs. 4 Satz 2 HGB).

a) Der Beklagte hat von der Streithelferin eine Ausschüttung von 2.500 DM für 1994 per Verrechnungsscheck, eine Sonderzahlung wegen Kaufpreisreduzierung von 1.000 DM per Verrechnungsscheck, eine Ausschüttung von 2.500 DM für 1995 per Verrechnungsscheck, eine Ausschüttung von 2.250 DM für 1996 per Überweisung, eine Ausschüttung von 2.250 DM für 1997 per Überweisung, eine Ausschüttung von 2.375 DM für 1998 per Überweisung, eine Ausschüttung von 2.250 DM für 1999 per Überweisung und eine Ausschüttung von 2.250 DM für 2000 per Überweisung ausbezahlt erhalten, insgesamt 17.375 DM (8.883,70 €). 106

Soweit der Beklagte den Erhalt der Ausschüttungen und der Sonderzahlung mit Nichtwissen bestreitet, ist das Bestreiten gemäß § 138 Abs. 4 ZPO unbeachtlich. Die Klägerin hat hinsichtlich der Überweisungen unter Vorlage von Überweisungskontrolllisten dargelegt, wann die Beträge auf welches Konto des Beklagten bei welcher Bank überwiesen worden sind. Hinsichtlich der Scheckzahlungen hat sie die Schecks in Kopie und einen Kontoauszug der Streithelferin vorgelegt, aus denen sich die Belastung des Kontos mit dem Scheckbetrag ergibt. Bei dieser Sachlage kann der Beklagte, dessen Wahrnehmungs- und Verantwortungsbereich betroffen ist, nur wirksam bestreiten, indem er Kontoauszüge oder, sofern er über solche – wie er behauptet – nicht mehr verfügt, eine Auskunft der Bank vorlegt, aus denen sich ergibt, dass im jeweiligen Zeitpunkt kein von der Streithelferin veranlasster Zufluss auf das bezeichnete Konto stattgefunden hat. 107

b) Die Ausschüttungen und die Sonderzahlung haben zu einem Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung des Beklagten geführt. 108

Nach der von der Literatur (vgl. Baumbach/Hopt, HGB 35. Aufl. § 172 Rdn. 12) in Zweifel gezogenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, muss der Kommanditist darlegen und beweisen, dass eine unstreitige oder feststehende Ausschüttung die Haftung nicht wieder begründet hat (BGH, Urteil vom 22.3.2011 – II ZR 215/09, iuris Rdn. 23). Dass sein Kapitalanteil im Zeitpunkt der jeweiligen Ausschüttungen nicht durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert war, ergibt sich aus dem Vorbringen des Beklagten nicht. Vielmehr folgt das Gegenteil aus den Bilanzen der Streithelferin für 1994 bis 2000, so dass es auf die Beweislastverteilung nicht einmal ankommt. Zwar weisen diese jeweils einen Jahresüberschuss auf. Die (Handels-)Bilanz per 31.12.1994 enthält aber einen auf einer Sonderabschreibung beruhenden Verlustvortrag von 106.130.677,95 € aus dem Vorjahr, so dass das Eigenkapital bei einem gezeichneten Kommanditkapital von 129.000.000,00 € nur 33.431.501,15 € betrug. Ein aufgrund steuerlicher Sonderabschreibungen entstandener Verlust reicht aus (BGH, Urteil vom 20.4.2009 – II ZR 88/08, iuris Rdn. 9, abgedruckt in NJW 2009, 2126 f.) Die (Handels-)Bilanz per 31.12.2000 weist immer noch einen Verlustvortrag von 75.922.825,55 € auf, so dass die Kapitalanteile der Kommanditisten einschließlich des Beklagten im streitigen Zeitraum durchgehend unter den Betrag der geleisteten Einlagen herabgemindert waren. Die in den Jahren 1994 bis 2000 erzielten und bilanzierten Jahresüberschüsse, die zudem durch die Ausschüttungen an die Kommanditisten aufgezehrt worden sind, haben den Anfangsverlust nicht ausgeglichen. 109

Die wegen einer Reduzierung des Kaufpreises erfolgte Sonderzahlung stellt eine Zurückbezahlung der Einlage des Beklagten dar. Rückzahlung im Sinne von § 172 Abs. 4 HGB ist jede Zuwendung an einen Kommanditisten durch die dem Gesellschaftsvermögen ein Wert ohne entsprechende Gegenleistung entzogen wird. 110

c) Aus der dem Gutgläubensschutz dienenden Bestimmung des § 172 Abs. 5 HGB kann der Beklagte nichts zu seinen Gunsten herleiten.

Danach ist ein Kommanditist in keinem Fall zur Rückzahlung dessen verpflichtet, was er aufgrund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezieht. Die Vorschrift enthält eine Ausnahme von der Regel des § 172 Abs. 4 HGB nur unter der Voraussetzung, dass die Bilanz nach Verrechnung mit etwaigen Verlustvorträgen einen Gewinn ausweist, obwohl – bei richtiger Bilanzierung – kein Gewinn entstanden ist und sowohl der Kommanditist als auch die Personen, die die Bilanz errichtet haben, gutgläubig von der Richtigkeit der Bilanz ausgehen (vgl. BGH, Urteil vom 20.4.2009 – II ZR 88/08, iuris Rdn. 9, abgedruckt in NJW 2009, 2126 f.). Die Bilanzen der Streithelferin haben, wie vorstehend dargelegt worden ist, unter Berücksichtigung der jeweiligen Verlustvorträge keinen Gewinn sondern den Umstand ausgewiesen, dass die Kapitalanteile der Kommanditisten einschließlich des Beklagten im streitigen Zeitraum durchgehend unter den Betrag der geleisteten Einlagen herabgemindert waren, das heißt eine Lage, in der die Entnahme eines Anteils des Jahresüberschusses die Haftung des Kommanditisten teilweise wieder begründete. 112

4. Die Haftung des Beklagten für die streitgegenständliche Zinsforderung ist nicht nach § 3 Nr. 7 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags ausgeschlossen. 113

Die bereits im Sachverhalt zitierte Bestimmung lautet: „Die Kommanditisten übernehmen weder gegenüber Gesellschaftern noch gegenüber Dritten irgendwelche Zahlungsverpflichtungen, Haftungen oder irgendwelche Nachschussverpflichtungen, die über die Verpflichtung zur Leistung der in der Beitrittserklärung gezeichneten Kommanditbeteiligung zuzüglich Agio hinausgehen. Dies gilt auch für den Fall der Liquidation. Der vertragliche Ausschluss einer Nachschusspflicht lässt die gesetzliche Regelung über die Haftung der Kommanditisten gegenüber Gesellschaftsgläubigern gemäß §§ 171 ff. HGB unberührt.“ 114

Während das OLG Bamberg (insbesondere im Urteil vom 15.8.2012 – 3 U 78/12) und das OLG Celle (Urteil vom 31.10.2012 – 9 U 36/12) in dieser Regelung einen Haftungsausschluss gegenüber der Klägerin gesehen haben, hat das OLG Düsseldorf (Urteil vom 25.9.2012 – I-1 U 43/12) einen solchen verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt: 115

„Ein Haftungsausschluss gegenüber der Klägerin ist in dieser Regelung nicht erhalten. Der Argumentation, dass das Haftungsrisiko des Kommanditisten durch diese Klausel soweit als möglich eingeschränkt werden solle und daher ein Mitgeschafter nicht mehr in die Lage versetzt sei, Ansprüche als Drittgläubiger gegen Mitgeschafter geltend zu machen, schließt sich der Senat nicht an. Vielmehr enthält die Regelung des § 3 Nr. 7 des Gesellschaftsvertrages neben der Klarstellung, dass der Kommanditist lediglich in Höhe seiner übernommenen Einlageverpflichtung haftet, den Ausschluss einer Nachschusspflicht. Einer weitergehenden haftungsbeschränkenden Funktion ist die Regelung auch deswegen nicht zugänglich, weil ein Haftungsausschluss gegenüber Dritten, die am Gesellschaftsvertrag nicht beteiligt sind, nicht durchsetzbar ist und eine ausdrückliche Freistellungsregelung – wie sie sodann naheliegenderweise in den Gesellschaftsvertrag hätte aufgenommen werden müssen – fehlt. Damit soll die Regelung in § 3 Nr. 7 des Gesellschaftsvertrags vorrangig zum Ausdruck bringen, dass Nachschusspflichten des Kommanditisten über die eingezahlte – und in der Gesellschaft verbliebene – Einlage nicht bestehen. Der weitere Hinweis auf §§ 171 ff. HGB beinhaltet damit übereinstimmend zugleich einen Verweis auf die Norm des § 172 Abs. 4 HGB, der zufolge zurückgezahlte Einlagen eine Haftung des Kommanditisten gegenüber Gläubigern begründen. 116

Auch soweit der Gesellschaftsvertrag als allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen ist, beinhaltet dieser keine intransparente Regelung. Die Regelung stimmt mit der gesetzlichen Wertung in §§ 171 f. HGB überein und stellt hinreichend deutlich klar, dass eine Nachschusspflicht für Kommanditisten oder eine Haftung über die eingezahlte Einlage hinaus nicht gegeben ist. Dass zwischenzeitliche Auszahlungen die Haftung wieder aufleben lassen, steht damit nicht in Widerspruch. Hierüber wurde der Kommanditist überdies auf S. 24 des Emissionsprospekts aufgeklärt.“ 117

Der Senat schließt sich diesen Ausführungen an. Sofern man § 3 Nr. 7 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags zum einen als Klarstellung, dass der Kommanditist Dritten gegenüber nur bis zur Höhe seiner Einlage haftet, und zum anderen als ebenfalls klarstellenden vertraglichen Ausschluss einer über die Einlage hinausgehenden Nachschusspflicht des Kommanditisten gegenüber den (Mit-)Gesellschaftern versteht, handelt es sich um eine gut verständliche und widerspruchsfreie Regelung, die insbesondere mit § 3 Nr. 7 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags – die gesetzliche Regelung über die Haftung der Kommanditisten gegenüber Gesellschaftsgläubigern gemäß §§ 171 ff. HGB bleibt danach ausdrücklich unberührt – in Einklang steht. Dagegen enthält § 3 Nr. 7 des Gesellschaftsvertrags keinen Ansatzpunkt, um Dritte – gegenüber denen eine von §§ 171 ff. HGB abweichende Haftungsbeschränkung nicht möglich wäre – und Gesellschafter, die der Gesellschaft und deren Kommanditisten als Drittgläubiger gegenüber treten, unterschiedlich zu behandeln. Ein verständiger Kommanditist wird insoweit kein unterschiedliches, gegenüber dem als Drittgläubiger handelnden Mitgesellschafter geringeres Haftungsausmaß erwarten. Dies gilt gerade in Bezug auf die Klägerin. Wegen ihrer im Verhältnis zum gesamten Kommanditkapital und zum Kreditvolumen geringen Gesellschaftsbeteiligung lassen sich ihre Stellung als Mitgesellschafterin und ihre Rolle als Kreditgeberin eindeutig voneinander trennen, so dass die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Bank unter § 3 Nr. 7 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags fällt. 118

5. Der Beklagte kann die Klägerin nicht darauf verweisen, dass sie wegen ihrer Treuepflicht als Kommanditistin und Mitgesellschafterin vorrangig die Streithelferin auf Zahlung der streitgegenständlichen Zinsen in Anspruch nehmen müsse. 119

a) Als Inhaberin einer Drittgläubigerforderung unterliegt die Klägerin schon keiner Beschränkung dahin, dass sie sich primär an die Gesellschaft, das heißt die Streithelferin, halten muss. 120

Soweit es um einen Aufwendungsersatzanspruch (etwa aus § 110 HGB) oder einen Ausgleichsanspruch (§ 426 BGB) geht, der aus der Befriedigung von Gesellschaftsschulden durch einen Gesellschafter herrührt, ist es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass der Regressanspruch gegen den Mitgesellschafter nur besteht, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage oder nicht bereit ist, den Regressanspruch zu erfüllen (BGH, Urteile vom 2.7.1962 – II ZR 204/60, iuris Rdn. 8 ff., abgedruckt in BGHZ 37, 299 ff., vom 2.7.1979 – II ZR 132/78, iuris Rdn. 12, abgedruckt in NJW 1980, 339 f.; vom 17.12.2001 – II ZR 382/99, iuris Rdn. 14, abgedruckt in NJW-RR 2002, 455 f., und vom 22.2.2011, iuris Rdn. 13, abgedruckt in NJW 2011, 1730 ff.). Für ersteres genügt es, dass der Gesellschaft freie verfügbare Mittel nicht zur Verfügung stehen (BGH, Urteil vom 2.7.1979 – II ZR 132/78, iuris Rdn. 12, abgedruckt in NJW 1980, 339 f.). Letzteres ist bereits dann anzunehmen, wenn die Gesellschaft auf Aufforderung nicht zahlt (BGH, Urteil vom 17.12.2001 – II ZR 382/99, iuris Rdn. 14, abgedruckt in NJW-RR 2002, 455 f.). 121

Die Klägerin leitet ihren Anspruch jedoch aus dem Darlehensvertrag vom 22.3./15.6.2004 her, mithin aus einem vom Gesellschaftsverhältnis zu trennenden Sachverhalt. 122

Ob die Einschränkungen, die für im Gesellschaftsverhältnis begründete Aufwendungsersatz- und Ausgleichsansprüche gelten, auch auf derartige Drittgläubigeransprüche Anwendung finden, ist im Schrifttum umstritten (bejahend im Wesentlichen die Literatur zum OHG-Recht: Staub/Habersack, HGB 5. Aufl. § 128 Rdn. 13; Münchener Kommentar/K. Schmidt, HGB 3. Aufl. § 128 Rdn. 12; Baumbach/Hopt, HGB 35. Aufl. § 128 Rdn. 24; Hillmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 2. Aufl. § 128 Rdn. 10; verneinend ein Teil der Literatur zum Recht der GbR: Staudinger/Habermeier, BGB 13. Bearb. § 705 Rdn. 43; Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. § 705 Rdn. 130). 123

Die im vorliegenden Zusammenhang ergangenen Urteile des Bundesgerichtshofs lassen sich überwiegend dahin verstehen, dass die genannten Einschränkungen für Drittgläubigeransprüche nicht gelten. Im Urteil vom 15.1.1988 – V ZR 183/86, iuris Rdn. 26 f., abgedruckt in BGHZ 103, 72 ff., heißt es nach Darlegung der Grundsätze zur Subsidiarität von Regressansprüchen – das heißt des Umstands, dass der Gesellschafter zunächst versuchen muss, Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu erlangen – , dass diese gesellschaftsrechtliche Beschränkung dann nicht gilt, wenn ein Gesellschafter zugleich Gläubiger der Gesellschaft ist, also eine Drittgläubigerforderung vorliegt. Im Urteil vom 17.12.2001 (aaO) hat der Bundesgerichtshof, nachdem er in Bezug auf einen vom dortigen Kläger gegenüber dem Mitgesellschafter geltend gemachten Aufwendungsersatz- und Ausgleichsanspruch die Einschränkung, dass die Gesellschaft entweder nicht in der Lage oder bereit sei, den ihr gegenüber bestehenden Ersatzanspruch zu erfüllen, geprüft und bejaht hatte, hinsichtlich einer vom dortigen Kläger ebenfalls verfolgten Drittgläubigerforderung ausdrücklich ausgeführt, dass er insofern nicht gehalten sei, aus gesellschaftsrechtlichen Gründen auf den Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen. 124

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.3.2002 – II ZR 103/01, abgedruckt in NZG 2002, 519, weist allerdings in eine andere Richtung. Dort heißt es: „Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der geltend gemachte Anspruch aus einem als Drittgeschäft zu wertenden Kaufvertrag des Klägers mit der Gesellschaft herrühre und die Voraussetzungen für eine unmittelbare Inanspruchnahme des Beklagten gegeben seien, da die Gesellschaft offenbar nicht über nennenswertes eigenes Vermögen verfüge.“ 125

Richtig ist zudem, dass der Bundesgerichtshof die Rechtsfrage in einer früheren Entscheidung offen gelassen hat (Urteil vom 10.11.1969 – II ZR 40/67, iuris Rdn. 8, abgedruckt in WM 1970, 280 ff.), sowie dass es in den Urteilen vom 15.1.1988 (aaO) und 17.12.2001 (aaO) an einer ausdrücklichen Begründung des Ergebnisses – keine Einschränkung unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bei Drittgläubigeransprüchen – fehlt. 126

Eine überzeugende Begründung lässt sich indessen geben. Die Subsidiarität der Haftung des Mitgesellschafters im Fall von aus der Begleichung von Gesellschaftsschulden resultierenden Aufwendungsersatz- und Ausgleichsansprüchen soll den Mitgesellschafter davor schützen, entgegen der Wertung des § 707 BGB gegen seinen Willen über die versprochene Einlage hinaus weitere Beiträge für die Gesellschaft zu leisten (vgl. BGH, Urteil vom 2.7.1962 – II ZR 204/60, iuris Rdn. 8 ff., abgedruckt in BGHZ 37, 299 ff.). Soweit ein Gesellschafter aus einem Drittgläubigeranspruch vorgeht, treffen ihn die aus § 707 BGB folgenden Bindungen jedoch nicht oder jedenfalls in geringerem Ausmaß, so dass sich eine Pflicht zur Rücksichtnahme nicht rechtfertigen lässt. 127

Fallbezogen kommt hinzu, dass die Rolle der Klägerin als Kreditgeberin und Gläubigerin sich eindeutig von ihrer Stellung als Kommanditistin und Mitgesellschafterin trennen lässt. Der Kommanditanteil von 100.000 DM ist sowohl gegenüber dem insgesamt gezeichneten 128

Kommanditkapital von 129.000.000 DM als gegenüber den von der Klägerin gewährten Krediten – die 1993 bewilligte Endfinanzierung belief sich zunächst auf 100.000.000 DM – zu vernachlässigen. Die mit der geringen dauerhaften Gesellschaftsbeteiligung unter anderem verfolgte Zielsetzung, am Informationsaustausch innerhalb der Streithelferin beteiligt zu sein, hätte die Klägerin auch über andere Gestaltungen verwirklichen können, etwa durch eine Präsenz von Angestellten in der Geschäftsführung oder im Beirat.

b) Würden die Einschränkungen, die für im Gesellschaftsverhältnis begründete Aufwendungsersatz- und Ausgleichsansprüche gelten, auch auf Drittgläubigeransprüche Anwendung finden, lägen die besonderen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Mitgesellschafters vor. Die Klägerin kann keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen der Streithelferin erlangen. 129

aa) Die Streithelferin ist nicht in der Lage, die mit Schreiben vom 7.9.2011 fällig gestellte Zinsforderung der Klägerin in Höhe von ursprünglich 500.000 € zu erfüllen. Freie verfügbare Mittel, die die Streithelferin zu diesem Zweck verwenden muss, stehen ihr nicht zur Verfügung. 130

Wie insbesondere aus dem Schreiben der Streithelferin vom 3.1.2012 folgt, in dem sie sich darauf berufen hat, dass die auf den Konten vorhandenen Geldmittel als Liquiditätsreserve zur Abdeckung unvorhergesehener Entwicklungen im Rahmen der laufenden baulichen Maßnahmen benötigt würden und deshalb nicht zur Bezahlung des Betrags von 500.000 € verwandt werden könnten, verfügt die Streithelferin durchaus über Geldmittel in einer entsprechenden Größenordnung. Dies entspricht den Angaben des Bevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht. Nach der Bestimmung des Darlehensvertrags vom 22.3./15.6.2004, die sich auf S. 2 Absatz 2 des Schreibens der Klägerin vom 22.3.2004 befindet, darf die Streithelferin Überschüsse der Mieten über die Bewirtschaftungs- und Objektkosten – hieraus resultiert das Barvermögen der Streithelferin – allerdings vorrangig für die laufende Darlehenstilgung verwenden, das heißt für die Erfüllung der mit Schreiben vom 7.9.2011 fällig gestellten Zinsforderung muss das Barvermögen nicht eingesetzt werden und steht es nicht zur Verfügung. 131

Nach dem Schutzzweck der Subsidiarität der Mitgesellschafterhaftung kann die Leistungsunfähigkeit der Gesellschaft ohnehin nicht durch einen isolierten Vergleich einer fälligen Teilforderung und des frei verfügbaren Gesellschaftsvermögens beurteilt werden. Durch den subsidiären Charakter der Mitgesellschafterhaftung soll der einzelne Mitgesellschafter davor geschützt werden, etwas aus seinem Privatvermögen zu zahlen (BGH, Urteil vom 2.7.1962 – II ZR 204/60, iuris Rdn. 13, abgedruckt in BGHZ 37, 299 ff.). Dieser Schutzzweck ist nicht erreichbar, wenn der andere Gesellschafter als Gläubiger – wie hier – über weitere Forderungen verfügt, die jederzeit fällig gestellt werden können, denen aber kein frei verfügbares Vermögen der Gesellschaft gegenüber steht. Der Klägerin stehen gegen die Streithelferin kurzfristig gestundete Zinsforderungen in Höhe von mehreren Mio. Euro zu. Sofern die Klägerin diese Forderungen fällig stellt, muss der Beklagte mangels eines entsprechenden frei verfügbaren Gesellschaftsvermögens ohnehin leisten, sei es an die Klägerin oder im Falle einer hierdurch ausgelösten Insolvenz der Streithelferin an den Insolvenzverwalter zwecks späterer Befriedigung der Gläubiger einschließlich der Klägerin. Auch dieser Gesichtspunkt führt dazu, dass von Leistungsunfähigkeit der Streithelferin auszugehen ist. 132

bb) Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob darüber hinaus anzunehmen ist, dass die Streithelferin nicht bereit ist, die mit Schreiben der Klägerin vom 7.9.2011 fällig gestellte Zinsforderung in Höhe von ursprünglich 500.000 € zu erfüllen. Insbesondere ist es 133

unerheblich, ob das Schreiben der Streithelferin vom 3.1.2012 eine beachtliche Erfüllungsverweigerung und das Schreiben der Klägerin vom 6.2.2012 eine beachtliche Zahlungsaufforderung enthalten.

6. Auch unter sonstigen Gesichtspunkten steht die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Inanspruchnahme der Kommanditisten, die sich nicht an der Freistellungsvereinbarung beteiligt haben, nicht entgegen. Die Klägerin setzt sich nicht ohne schützenswerte Eigeninteressen über aner kennenswerte Interessen ihre Mitgesellschafter hinweg. 134

Es steht grundsätzlich mit den Wertungen der Rechtsordnung in Einklang, wenn ein Gläubiger eine möglichst umfassende Befriedigung seiner Ansprüche auf einem möglichst sicheren Weg anstrebt. Das heißt, es ist im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, dass die Klägerin einerseits einen hohen Erlös aus der Verwertung der Fonds-Immobilie anstrebt, indem sie der Streithelferin die Möglichkeit eröffnet, Ende des Jahres 2013 das bindende Kaufangebot über 30 Mio. € anzunehmen, und dass sie andererseits die Kommanditisten, die sich nicht an der Freistellungsvereinbarung beteiligt haben, bereits jetzt aus §§ 171 f. HGB in Anspruch nimmt. 135

Dass die Klägerin insbesondere Initiatorin, Gründungsgesellschafterin, Kommanditistin, mittelbare hälftige Gesellschafterin der Komplementärin der Streithelferin sowie alleinige Kreditgeberin ist, ändert, solange Aufklärungspflichten nicht verletzt sind, nichts daran, dass die Kommanditisten und nicht die Klägerin als Fremdkapitalgeberin das mit der Fondsbeteiligung verbundene wirtschaftliche Risiko tragen, insbesondere dasjenige einer unzureichenden Vermietbarkeit. Wie oben dargelegt worden ist (B II 5 a), lassen sich im Streitfall die Rolle als Kreditgeberin sowie die Stellung als Kommanditistin und Mitgesellschafterin ohnehin eindeutig trennen. Der offensichtliche Einfluss der Klägerin auf die Streithelferin ist nicht gesellschaftsrechtlich vermittelt, da die Klägerin Minderheitsgesellschafterin ist und nicht, auch nicht mittelbar über ihre Tochtergesellschaft und die Komplementärin geschäftsführend tätig wird. Er beruht vielmehr auf der Stellung der Klägerin als kreditgebende Bank, die die nicht vertragsgemäß bedienten Darlehen nahezu jederzeit fällig stellen und hierdurch die Insolvenz der Streithelferin herbeiführen kann. Eine gesteigerte gesellschaftsrechtliche Rücksichtnahmepflicht gegenüber den anderen Kommanditisten lässt sich daher durch die besondere Stellung der Klägerin in Bezug auf die Streithelferin nicht begründen. 136

Soweit die Klägerin die Insolvenz der Streithelferin vermeidet, so die ihr günstige Möglichkeit der Annahme des bindenden Kaufangebots über 30 Mio. € Ende 2013 wahr, entsprechend der bei der Streithelferin vorhandenen Liquidität Teilforderungen fällig stellt, die die Streithelferin nicht erfüllt, und insoweit die Kommanditisten in Anspruch nimmt, wird hierdurch kein nennenswerter und rechtlich beachtlicher Nachteil des Beklagten begründet. Im Falle der durch eine Gesamtfälligestellung des Kreditengagements ausgelösten sofortigen Insolvenz müsste der Beklagte den Anspruch aus wiederaufgelebter Kommanditistenhaftung gegenüber dem Insolvenzverwalter zwecks späterer Befriedigung der Gläubiger einschließlich der Klägerin erfüllen. Selbst wenn der Anspruch der Klägerin ein Gesellschafterdarlehn im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wäre – was im Hinblick auf das Kleinbeteiligtenprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO) nicht der Fall ist (s. oben unter 2) – und es sich damit um eine nachrangige Insolvenzforderung handelte, ginge der Anspruch dem nach §§ 171 f. HGB. haftendem Kapital vor. Nichts spricht zudem dafür, dass der Erlös aus der Verwertung der Fonds-Immobilie ausreichend wäre, um die Ansprüche der Klägerin gegen die Streithelferin (im Schreiben vom 6.2.2012 beziffert mit einer Hauptforderung von 24.943.725,48 € und – nach Teilverzicht in Höhe von 4.727.339,23 € – mit einer 137

Zinsforderung von 3.631.661,53 €; darüber hinaus hat die Klägerin der Streithelferin im Jahr 2009 ein zusätzliche Restrukturierungsdarlehen über 3,3 Mio. € gewährt) zu befriedigen. Das Kaufangebot der Norddeutsche Vermögen GmbH & Co. KG über 30.000.000 € wird im Falle einer Insolvenz unwirksam. Ende des Jahres 2009 konnte ein Kaufpreis von 22,5 Mio. für das Fondsobjekt bei weitem nicht erzielt werden. Für eine danach eingetretene wesentliche Werterhöhung ist weder etwas dargetan noch ersichtlich.

Die Vorgehensweise der Klägerin, die eine Insolvenz der Streithelferin vermeiden soll, wird es zudem eventuell ermöglichen, Ende des Jahres 2013 das verbindliche Kaufangebot der O2 GmbH & Co. KG über 30 Mio. € anzunehmen und – jedenfalls unter der Voraussetzung von Leistungen aller Kommanditisten – einen Liquidationsüberschuss zu erzielen, an dem der Beklagte partizipieren könnte. 138

Es ist nicht vorwerfbar und treuwidrig, dass die Klägerin nicht bis zu dem Zeitpunkt Ende des Jahres 2013 abwartet, in dem seitens der Streithelferin das verbindliche Kaufangebot der O2 GmbH & Co. KG über 30.000.000 € für das Fondsobjekt angenommen werden kann. Es ist nicht einmal sicher, dass die Vereinnahmung des Kaufpreises von 30.000.000 € durch die Streithelferin dazu führen würde, dass die Ansprüche der Klägerin (im Schreiben vom 6.2.2012 beziffert mit einer Hauptforderung von 24.943.725,48 € und – nach Teilverzicht in Höhe von 4.727.339,23 € – mit einer Zinsforderung von 3.631.661,53 €; hinzu kommt das Restrukturierungsdarlehen aus dem Jahr 2009 über 3,3 Mio. €) vollständig befriedigt werden, ohne dass es einer Inanspruchnahme der Kommanditisten, die sich nicht an den Freistellungsvereinbarungen beteiligt haben, bedarf. Grundsätzlich darf ein Gläubiger einen fälligen Anspruch zudem jederzeit gerichtlich durchsetzen. Die vollständige Befriedigung der Klägerin würde ferner allenfalls dadurch erreicht, dass die Kommanditisten, die sich an den Freistellungsvereinbarungen beteiligt haben, in den Jahren 2010/2011 mehr als 9.000.000 € an die Klägerin geleistet haben. Dass die Klägerin eine möglichst gleichmäßige Heranziehung der Kommanditisten anstrebt, ist nicht zu beanstanden. 139

7. Die Klägerin muss sich nicht ihre eigene Haftungsquote in Höhe ihres Verlustanteils anrechnen lassen (das heißt 100.000/129.000.000 der Klageforderung) und den Betrag von der Klageforderung in Abzug bringen, den sie dem Beklagten im Fall seiner Inanspruchnahme durch einen Gläubiger der Gesellschaft hätte erstatten müssen. 140

Denn der Beklagte könnte bei der Klägerin keinen Regress, etwa nach § 426 Abs. 1 BGB, nehmen, weil die Klägerin nicht gemeinsam mit dem Beklagten für gegen die Streithelferin gerichtete Drittgläubigeransprüche gemäß §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB haftet. Die Klägerin hat unstreitig die von ihr bei einer Einlage von 100.000 DM erhaltenen Ausschüttungen in Höhe von 17.767,39 € per 30.8.2011 an die Streithelferin zurückgezahlt. 141

8. Die Geltendmachung des streitgegenständlichen Anspruchs verstößt weder gegen das Schikaneverbot gemäß § 226 BGB noch stellt sie eine unzulässige Rechtsausübung dar. Die hierfür maßgeblichen Gesichtspunkte entsprechen weitgehend den im Zusammenhang mit der Prüfung eines Verstoßes der Klägerin gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht angeführten Argumenten. 142

a) Im Verhalten der Klägerin liegt kein Verstoß gegen das Schikaneverbot (§ 226 BGB). 143

Voraussetzung für die Einrede des Schikaneverbots ist, dass die Geltendmachung eines Rechts keinen anderen Zweck als die Schädigung eines anderen haben kann. Hier versucht die Klägerin, im Eigeninteresse und zur Begrenzung ihres Forderungsausfalls einen Teil ihrer Ansprüche aus der Kreditgewährung an die Streithelferin durchzusetzen. 144

b) In dem Vorgehen der Klägerin gegen den Beklagten liegt keine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB). Eine unzulässige Rechtsausübung kommt insbesondere in Betracht, wenn es an einem schutzwürdigen Eigeninteresse fehlt oder wenn ein widersprüchliches Verhalten vorliegt.	145
aa) Der vorliegende Sachverhalt lässt sich der erstgenannten Fallgruppe nicht zuordnen.	146
(1) Die vom Beklagten angeführten Umstände, die die besondere Stellung der Klägerin ausmachen, insbesondere die Eigenschaft als Initiatorin, Gründungsgesellschafterin, alleinige Kreditgeberin und mittelbare hälftige Gesellschafterin der Komplementärin der Streithelferin, führen nicht dazu, dass ein schutzwürdiges Eigeninteresse an der Durchsetzung der Zinsforderung gegenüber dem Beklagten zu verneinen ist.	147
Hat ein Initiator einer Fondsgesellschaft, der zugleich Kreditgeber ist, seine Aufklärungspflichten als Initiator und Kreditgeber nicht verletzt, tragen nicht er, sondern die Gesellschafter das wirtschaftliche Risiko, vor allem das Risiko einer unzureichenden Vermietbarkeit des Fondsobjekts. Deshalb ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass der Kreditgeber aus der Gewährung von Fremdkapital herrührende Darlehens- oder Zinsforderungen gegenüber den Gesellschaftern des Fonds geltend macht.	148
(2) Ein Rechtsmissbrauch und ein fehlendes schutzwürdiges Eigeninteresse können sich auch aus dem Gesichtspunkt des Verleitens zum Vertragsbruch oder des Ausnutzens eines fremden Vertragsbruchs ergeben. Dafür ist es erforderlich, dass in dem Eindringen des Dritten in die Beziehungen der Vertragspartner ein besonderes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Betroffenen hervortritt (BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 204/07, iuris Rdn. 7, abgedruckt in NJW 2008, 3438 f.).	149
Der Umstand, dass die Streithelferin die fällig gestellte Zinsforderung von ursprünglich 500.000 € entgegen ihrer im Verhältnis zu den Kommanditisten grundsätzlich bestehenden Verpflichtung, vorrangig für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufzukommen, nicht erfüllt, betrifft in erster Linie das Innenverhältnis der Kommanditgesellschaft, das die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Drittgläubigerin im Ausgangspunkt nicht berührt. Unter Berücksichtigung des eine ähnliche Fallgestaltung betreffenden Urteils des Bundesgerichtshofs vom 14.7.2008 (aaO Rdn. 8 ff.) könnte hierin ein rechtsmissbräuchliches Ausnutzen eines fremden Vertragsbruchs allenfalls gesehen werden, wenn die Streithelferin in der Lage wäre, nicht nur die fällige Teilforderung, sondern auch die Forderungen der Klägerin zu begleichen, die jederzeit fällig gestellt werden können, und wenn die Kommanditisten einschließlich des Beklagten gegenüber dem Verhalten der Klägerin rechtlos wären.	150
Beides ist nicht der Fall. Die Klägerin könnte den Beklagten selbst dann aus Kommanditistenhaftung in Anspruch nehmen oder seine Inanspruchnahme bewirken, wenn die Streithelferin den fällig gestellten Teilbetrag von 500.000 € an die Klägerin geleistet hätte. Wie bereits im Zusammenhang mit der Subsidiarität der Mitgesellschafterhaftung ausgeführt, stehen der Klägerin gegen die Streithelferin kurzfristig gestundete Zinsforderungen in Höhe von mehreren Mio. Euro zu. Sofern die Klägerin diese Forderungen fällig stellen würde, müsste der Beklagte mangels eines entsprechenden frei verfügbaren Gesellschaftsvermögens auch nach Zahlung des Betrags von 500.000 € durch die Streithelferin leisten, sei es an die Klägerin oder im Falle einer hierdurch ausgelösten Insolvenz der Streithelferin an den Insolvenzverwalter zwecks späterer Befriedigung der Gläubiger einschließlich der Klägerin. Da eine Zugriffsmöglichkeit der Klägerin auch bei einem im Verhältnis zum Beklagten vertragsgerechtem Verhalten der Streithelferin bestünde, kann von einem Ausnutzen fremden Vertragsbruchs durch die Klägerin nicht die Rede sein	151

kann.

Im Übrigen hätte der Beklagte die Möglichkeit, zeitgleich zum vorliegenden Klageverfahren einen Freistellungsanspruch gegenüber der Streithelferin gerichtlich geltend zu machen und hierdurch die ihm im Innenverhältnis der Kommanditgesellschaft zustehende Rechte zu wahren. 152

bb) Die Klägerin verhält sich nicht widersprüchlich, indem sie den streitgegenständlichen Anspruch gegen den Beklagten geltend macht. Sie hat keinen Vertrauensbestand dahin gesetzt, dass sie als Darlehensgläubigerin der Streithelferin nicht gemäß §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB auf die an die Kommanditisten erfolgten Ausschüttungen zugreifen werde. Über Gewinnausschüttungen oder Ausschüttungen aus freier Liquidität hatte nicht die Klägerin, sondern gemäß § 11 Nr. 5 des Gesellschaftsvertrags der Streithelferin die Gesellschafterversammlung zu entscheiden. An der Beschlussfassung war die Klägerin nur mit einem Anteil von 100.000/129.000.000 beteiligt. Die von der Geschäftsführung der Streithelferin ausgestellten Schecks oder veranlassten Überweisungen hat die Klägerin lediglich als Konto führendes Kreditinstitut eingelöst bzw. ausgeführt. Zudem erfolgten die Ausschüttungen der Streithelferin für die Jahre 1994 bis 2000 noch zu einem Zeitpunkt, in dem das Fondsobjekt zum ursprünglichen Mietzins an die J des Landes C3 vermietet war. Dass eine mögliche Kommanditistenhaftung bereits damals konkret im Raum stand, gleichwohl aber Ausschüttungen erfolgten, ist weder dargetan noch erkennbar. 153

9. Soweit der Beklagte im Berufungsverfahren eine unzureichende Aufklärung durch die Initiatoren im Jahr 1993 über den für den Kaufpreis maßgebenden Ertragswert rügt, handelt es sich nur um eine Entgegnung auf den Vortrag der Klägerin, dass das Fondsobjekt ursprünglich bessere Zeiten gesehen habe und für die Anleger rentabel gewesen sei. 154

Dass der Beklagte eine Hilfsaufrechnung auf diesen Gesichtspunkt stützt, ist seinem Vorbringen, auch nach entsprechender Erörterung im Senatstermin, dagegen nicht zu entnehmen. Da er an der auf Prospektmängel gestützten Schadensersatzklage gegen die Klägerin beteiligt war, stünde einer Hilfsaufrechnung ohnehin die Rechtskraft des Urteils des OLG Frankfurt vom 4.2.2009 entgegen. Im Übrigen wäre eine erstmals im Berufungsverfahren erklärte Hilfsaufrechnung gemäß § 533 ZPO unzulässig. Sie könnte nicht auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hätte. Auf die Aussagen des Prospekts zur Angemessenheit des Kaufpreises und die objektiv zugrunde zu legenden tatsächlichen Hintergründe kommt es für die Entscheidung über die Berufung ansonsten nicht an. 155

10. Die Zinsentscheidung folgt aus § 288 Abs. 1, 291 BGB. Dass der Beklagte auf seine Verbindlichkeit aus Kommanditistenhaftung Verzugszinsen zu entrichten hat, verstößt, obwohl der Klage eine Zinsforderung der Klägerin gegen die Streithelferin zugrunde liegt, jedenfalls dann nicht gegen die gesetzliche Wertung des Zinseszinsverbots (§ 289 BGB), wenn die Klägerin – wovon auszugehen ist – vom Beklagten erlangte Zinsen auf andere Forderungen gegen die Streithelferin anrechnet. 156

III. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 157

Der Senat hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zugelassen. Die Frage, ob im Fall eines Drittgläubigeranspruchs eines Gesellschafters einer Personengesellschaft die Haftung der übrigen Gesellschafter subsidiär ist oder nicht, hat grundsätzliche Bedeutung. Ferner weicht 158

der Senat, was die Auslegung der bundesweit verwendeten Bestimmung des § 3 Nr. 7 des Gesellschaftsvertrags angeht, von den oben angeführten Urteilen des OLG Bamberg und des OLG Celle ab.

Berufungsstreitwert: 8.883,70 €

159